

# VU Research Portal

## Case Note: Hoge Raad (Ricoh-Gemeente Utrecht)

Jansen, C.E.C.

2016

### **document version**

Peer reviewed version

### **document license**

Unspecified

[Link to publication in VU Research Portal](#)

### **citation for published version (APA)**

Jansen, C. E. C., (2016). *Case Note: Hoge Raad (Ricoh-Gemeente Utrecht)*, No. ECLI:NL:HR:2014:1078, May 09, 2014. (Nederlandse Jurisprudentie; Vol. 2016, No. 342).

### **General rights**

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

### **Take down policy**

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

### **E-mail address:**

[vuresearchportal.ub@vu.nl](mailto:vuresearchportal.ub@vu.nl)

1. Dit arrest is in de literatuur kritisch ontvangen, omdat de Hoge Raad daarin zou hebben nagelaten grenzen te stellen aan het gebruik van een relatieve beoordelingssystematiek bij gereguleerde overheidsaanbestedingen (zie Mutsaers, *Jurisprudentie Aanbestedingsrecht* 2014/126; Manunza, *Tijdschrift Aanbestedingsrecht* 2014/138; Chen, *Tijdschrift Aanbestedingsrecht* 2014/141). Deze kritiek gaat er echter aan voorbij dat in cassatie de toelaatbaarheid van een relatieve beoordelingssystematiek als zodanig niet ter discussie is gesteld. Het cassatiemiddel problematiseert slechts de toepassing van die systematiek in een geval als het onderhavige waarbij de opdracht, nadat de als eerste geëindigde inschrijver uit de aanbestedingsprocedure is weggefallen, aan de als tweede in rangorde geëindigde inschrijver wordt gegund, zonder dat de scores – zoals die oorspronkelijk zijn toegekend op basis van de uitkomst van de beoordeling van de resterende inschrijvingen – eerst zijn herberekend. Die problematisering vindt in het cassatiemiddel ook overigens slechts plaats in het licht van het gelijkheids- en het transparantiebeginsel: of een relatieve beoordelingssystematiek toelaatbaar is op grond van eventuele regels die niet tot die beginselen kunnen worden herleid, is een vraag die in cassatie niet aan de orde is gesteld.

2. Gegeven deze kaders kon de Hoge Raad overwegen – als opmaat naar de beoordeling van de toelaatbaarheid van een relatieve beoordelingssystematiek in een geval als het onderhavige (in rov. 3.6 en 3.7) – dat een dergelijke systematiek ‘in zijn algemeenheid (...) niet enkel op grond van haar relatieve karakter als strijdig met het gelijkheids- of transparantiebeginsel [kan] worden aangemerkt’ (rov. 3.5). Dit oordeel is – ook volgens critici van het arrest – op zichzelf genomen juist (zie bijvoorbeeld Mutsaers, *Jurisprudentie Aanbestedingsrecht* 2014/126). De Hoge Raad volgt met dit oordeel de A-G, maar die formuleert het in zijn conclusie onder 3.8 net even wat anders: ‘Naar mijn mening is een relatieve beoordelingssystematiek als zodanig niet met *het aanbestedingsrecht* of de daaruit voortvloeiende beginselen in strijd’ (mijn cursivering, CJ). De A-G veronderstelt hiermee allereerst terecht dat het gereguleerde aanbestedingsrecht meer omvat dan alleen regels die het gelijkheids- en transparantiebeginsel concretiseren. In de tweede plaats: of en in hoeverre het gebruik van een relatieve beoordelingssystematiek buiten die beginselen om valt te problematiseren, is – zie hiervoor nr. 1 – een vraag die niet door het cassatiemiddel wordt bestreken. Dat laat echter onverlet dat de A-G die vraag desalniettemin – ontkennend – beantwoordt. Ik zou daar een kanttekening bij willen plaatsen.

3. Ik meen dat het gebruik van een relatieve beoordelingssystematiek in zijn algemeenheid – ook na dit arrest – bezwaarlijk is in het licht van de jurisprudentie van het Hof van Justitie en het Gerecht met betrekking tot het gebruik van het gunningscriterium van de economisch meest voordelige inschrijving. Die jurisprudentie geeft namelijk de volgende regels. Wanneer een aanbestedende dienst de aanbestedingsprocedure inricht op basis van het gunningscriterium van de economisch meest voordelige inschrijving – zoals ook de gemeente in het onderhavige geval deed – kan hij alleen criteria kiezen die ertoe strekken de economisch voordeligste aanbidding te bepalen (zie HvJ 17 september 2002, zaak

C-513/99, ECLI:EU:C:2002:495 (Concordia Bus Finland), Jurispr. blz. I-7213, rov. 59). De economisch voordeligste aanbidding wordt door het Gerecht gedefinieerd als 'de aanbidding welke, van de verschillende ingediende aanbiddingen, de beste verhouding tussen kwaliteit en prijs biedt, rekening gehouden met op grond van het voorwerp van de opdracht gerechtvaardigde criteria' (zie Gerecht 16 september 2013, zaak T-402/06, ECLI:EU:T:2013:445 (Spanje/Commissie), rov. 76). Dat betekent volgens het Gerecht dat wanneer een aanbestedende dienst besluit om de opdracht te gunnen aan de inschrijver met de economisch voordeligste aanbidding, hij na moet gaan welke aanbidding de beste prijs-kwaliteitverhouding biedt (Gerecht 16 september 2013, zaak T-402/06, ECLI:EU:T:2013:445 (Spanje/Commissie), rov. 76 met verwijzing naar HvJ 10 mei 2012, zaak C-368/10, ECLI:EU:C:2012:284 (Commissie/Nederland), rov. 86).

4. Deze jurisprudentie moet mijns inziens aldus worden begrepen, dat een aanbestedende dienst verplicht is een beoordelingssystematiek te hanteren die hem in staat stelt die ene aanbidding te identificeren die daadwerkelijk de beste prijs-kwaliteitverhouding biedt (aldus ook Chen, *Tijdschrift Aanbestedingsrecht* 2006, p. 102; vergelijk voorts Manunza, *Tijdschrift Aanbestedingsrecht* 2014/138 *in fine*, die nog wijst op HvJ 7 oktober 2004, zaak C-247/02, ECLI:EU:C:2004:593 (Sintesi SpA/Autorità per la Vigilanza sui Lavori Pubblici), rov. 40). Het gebruik van een systematiek waarvan op voorhand vaststaat dat zij het risico in zich draagt dat de opdracht moet worden gegund aan een inschrijver die niet de beste prijs-kwaliteitverhouding biedt, is Europees aanbestedingsrechtelijk derhalve niet toegestaan. Het Gerecht heeft in die zin reeds geoordeeld ten aanzien van de zogenoemde 'methode van de gemiddelde prijzen' (zie Gerecht 16 september 2013, zaak T-402/06, ECLI:EU:T:2013:445 (Spanje/Commissie), rov. 77, gevolgd door Vزر. Rb. Den Haag 25 februari 2014, ECLI:NL:RBDHA:2965, rov. 4.10. Vergelijk ook Commissie van Aanbestedingsexperts (CvAE) 18 juni 2014, Adviezen 83 en 84, overweging 6.1.6 e.v.).

5. Ook een relatieve beoordelingssystematiek draagt het risico in zich dat de opdracht niet wordt gegund aan die ene inschrijver die daadwerkelijk de beste prijs-kwaliteitverhouding biedt. Bij een relatieve beoordelingssystematiek kan zich immers – zoals ook in de onderhavige zaak gebeurde – het probleem van de zogenoemde rangordeparadox voordoen (zie conclusie A-G onder 3.5). Daarvan is sprake wanneer na vaststelling van de rangorde van de inschrijvingen de (als nog ongeldig verklaarde) inschrijving van de als eerste geëindigde inschrijver A uit die rangorde wegvalt en de op basis van de oorspronkelijke rangorde als tweede geëindigde inschrijver B vervolgens niet als eerste inschrijver uit de bus komt, nadat de scores – zoals die op basis van de uitkomst van de beoordeling van de resterende inschrijvingen (van B en C) in eerste instantie zijn toegekend – zijn herberekend en zonder dat daarbij de inschrijving van de inmiddels weggefallen A in aanmerking is genomen. Dat de inschrijving van B – na de eerste berekening van de op basis van de uitkomst van de beoordeling van de inschrijvingen toe te kennen scores – als tweede in de rangorde eindigt, boven de inschrijving van de als derde in die rangorde geëindigde C, wekt de indruk dat B in eerste instantie – in vergelijking tot C – de beste prijs-kwaliteitverhouding heeft geboden. Wanneer vervolgens echter een herberekening plaatsvindt van de scores

die in eerste instantie zijn toegekend, omdat de inschrijving van A is weggeval-  
len, blijkt niet B maar C de beste prijs-kwaliteitverhouding te hebben geboden en  
passeert de inschrijving van C die van B in rangorde. Als men zich dan echter rea-  
liseert dat dit allemaal gebeurt, niettegenstaande het feit dat de uitkomst van de  
beoordeling van de inschrijvingen van B en C als zodanig niet is veranderd – er  
vindt immers enkel een herberekening plaats van de scores die op basis van die  
uitkomst in eerste instantie zijn toegekend (vergelijk ook conclusie A-G onder  
3.5, tweede alinea) – dan kan men niet met overtuiging beweren dat de toege-  
paste systematiek de aanbestedende dienst in staat heeft gesteld die ene aanbie-  
ding te identificeren die daadwerkelijk de beste prijs-kwaliteitverhouding biedt.

6. Het hiervoor gesignaleerde probleem kan binnen de grenzen van het Europees  
aanbestedingsrecht vervolgens ook niet worden opgelost door na het wegvallen  
van de inschrijving van A een herberekening van de scores – zoals die in eerste  
instantie zijn toegekend op basis van de uitkomst van de beoordeling van de res-  
terende inschrijvingen – achterwege te laten en opvolgend inschrijver B tot win-  
naar van de aanbestedingsprocedure uit te roepen. De toegepaste systematiek is  
immers met een systeemfout behept, zodat niet met zekerheid kan worden ge-  
steld dat B in het veronderstelde geval daadwerkelijk de beste prijs-  
kwaliteitverhouding heeft geboden. Ook de A-G lijkt dat laatste impliciet te on-  
derkennen met zijn constatering ‘dat zich ook een andere (en wellicht betere)  
wijze van beoordeling laat denken’ dan de in casu door de gemeente gekozen  
procedure (zie de conclusie onder 3.14). Dat de toepassing van de beoordelings-  
systematiek ‘op zichzelf controleerbaar, doorzichtig en objectief is’ (conclusie A-  
G onder 3.14) en ‘niet mee[brengt] dat sprake is van strijd met het gelijkheidsbe-  
ginsel’ (zie rov. 3.7 van het arrest van de Hoge Raad) doet aan het voorgaande  
niet af: het gebruik van een relatieve beoordelingssystematiek draagt het risico  
in zich dat de opdracht moet worden gegund aan een inschrijver die niet de bes-  
te prijs-kwaliteitverhouding biedt en dát is – anders dan de A-G ter afsluiting van  
zijn analyse van het fenomeen rangordeparadox stelt (zie conclusie onder 3.8) –  
in strijd met het Europees aanbestedingsrecht. Let wel, die laatste constatering  
maakt voor de beoordeling van het cassatieberoep geen verschil, nu het cassa-  
tiemiddel de toepassing van een relatieve beoordelingssystematiek in een geval  
als het onderhavige immers enkel problematiseert in het licht van het gelijk-  
heids- en transparantiebeginsel. Toch lijkt mij de voorgaande kanttekening van  
belang, aangezien in de praktijk de indruk zou kunnen ontstaan dat de Hoge  
Raad met het onderhavige arrest alle aanbestedingsrechtelijke bezwaren tegen  
het gebruik van een relatieve beoordelingssystematiek heeft weggenomen.

7. Dat brengt mij tot slot nog bij de kwestie van de uitleg van paragraaf 3.2 van  
de offerteaanvraag van de gemeente (zie voor de tekst daarvan rov. 3.1 onder  
(iii) van het arrest van de Hoge Raad). De gemeente en Ricoh stelden zich op het  
standpunt dat die paragraaf aldus diende te worden uitgelegd dat de gemeente  
gehouden was om – nadat de als eerste geëindigde inschrijver Océ uit de proce-  
dure was weggefallen – de scores, zoals die op basis van de uitkomst van de be-  
oordeling van de resterende inschrijvingen van Xerox en Ricoh in eerste instan-  
tie waren toegekend, te herberekenen. Xerox legt paragraaf 3.2 van de offerte-  
vraag anders uit: volgens haar had de gemeente – nadat zij de inschrijving van  
Océ had geëcarteerd – de procedure dienen te vervolgen met de in eerste instan-

tie als tweede geëindigde inschrijver Xerox, zonder de oorspronkelijk toegekende scores eerst te herberekenen. De voorzieningenrechter in eerste aanleg volgt de gemeente en Ricoh in hun uitleg. Het hof, de A-G en de Hoge Raad geven aan paragraaf 3.2 de betekenis die Xerox daaraan heeft gegeven.

8. Het cassatiemiddel klaagt in de kern over de onjuistheid of onbegrijpelijkheid van de door het hof aan paragraaf 3.2 gegeven uitleg. Dat verklaart waarom alle instanties – in het bijzonder de A-G (conclusie onder 3.25 e.v.) – het tussen partijen gerezen geschil als een klassieke uitlegvraag benaderen. Dat er een vraag van uitleg rijst, kan aanbestedingsrechtelijk echter ook anderszins worden geïnterpreteerd (zie hierover Jansen, *Preadvies NVvA* 2009, p. 58 e.v.). Uitgangspunt is dat op een aanbestedende dienst de verplichting rust te bewerkstelligen dat de inhoud van de aanbestedingsstukken door alle redelijk geïnformeerde en normaal zorgvuldige inschrijvers op dezelfde manier kan worden geïnterpreteerd (HvJ 18 oktober 2001, zaak C-19/00, ECLI:EU:C:2001:553 (SIAC Construction), Jurispr. 2001, blz. I-7725, rov. 42; HvJ 4 december 2003, zaak C-448/01, ECLI:EU:C:2003:651 (Wienstrom), Jurispr. 2003, blz. I-14527, rov. 57; HvJ 29 april 2004, zaak C-496/99P, ECLI:EU:C:2004:236 (Socchi de Frutta), Jurispr. 2004, blz. I-3801, rov. 111). Bij de beoordeling van de naleving van deze verplichting in het concrete geval gaat het er dan in eerste instantie niet om vast te stellen *wat* er in de aanbestedingsstukken staat, maar of objectief *duidelijk* is wat er staat. Is de inhoud van de stukken objectief *onduidelijk* – lees: er rijst een vraag van uitleg – dan komt de aanbestedende dienst de hiervoor bedoelde verplichting niet na en zal hij de aanbesteding niet kunnen voortzetten op basis van de daarin voorziene procedureregels (zie voor een recent voorbeeld Rb. Gelderland (vzr.) 7 april 2015, ECLI:NL:RBGEL:2015:3676, rov. 4.12 t/m 4.15). Ik stel vast dat Ricoh paragraaf 3.2 van de offerteaanvraag noch tijdens het verloop van het geding in feitelijke instanties noch in cassatie op deze manier heeft geproblematiseerd, terwijl dat wel had gekund (vergelijk ook Mutsaers, *Jurisprudentie Aanbestedingsrecht* 2014/126). Aan de andere kant: ook wanneer dat laatste wel zou zijn gebeurd, dan was het op zichzelf natuurlijk mogelijk geweest om alsnog tot het oordeel te komen dat paragraaf 3.2 door alle redelijk geïnformeerde en normaal zorgvuldige inschrijvers op dezelfde manier kan worden uitgelegd én dat die uitleg gelijk is aan de betekenis die Xerox aan die paragraaf heeft gegeven (vergelijk voor een recent voorbeeld Hof Arnhem-Leeuwarden 12 januari 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:130, rov. 4.14).

9. Zou Ricoh bovendien de problematisering van de uitleg van paragraaf 3.2 ruimer hebben ingekaderd en zich daarbij niet tot het gelijkheids- en het transparantiebeginsel hebben beperkt, dan had mogelijk de weg open gelegen naar een prejudiciële verwijzing. Immers, in dat geval had op enig moment in het geding kunnen worden onderkend dat – welke van de door partijen voorgestane uitleg van paragraaf 3.2 de feitenrechtters ook zouden volgen – die paragraaf daarmee mogelijk in strijd zou zijn met de hiervoor besproken regels van Europees aanbestedingsrecht die niet tot die beginselen kunnen worden herleid (zie nr. 6). Mede gelet op de beperkte kaders van het cassatiemiddel is het echter begrijpelijk dat de A-G een prejudiciële verwijzing niet opportuun achtte (vergelijk de conclusie onder 3.40).

10. In de afsluiting van zijn reactie op het onderhavige arrest verzucht Chen dat 'thans geconcludeerd [kan] worden dat naar Nederlands recht relatieve beoordeling toelaatbaar is' (Chen, *Tijdschrift Aanbestedingsrecht* 2014/141). Ik denk dat hij het hoofd te vroeg in de schoot legt. De Hoge Raad heeft zich in dit arrest immers nog niet uitgelaten over de – mede door hem gesignaleerde (zie Chen, *Tijdschrift Aanbestedingsrecht* 2006, p. 102) – netelige kwestie van de toelaatbaarheid van een relatieve beoordelingssystematiek, bezien in het licht van de hiervoor in de nrs. 3 t/m 6 besproken regels met betrekking tot het gebruik van het criterium van de economisch meest voordelige inschrijving.

\*\*\*